

BGH, Urteil vom 13.12.2023, Az. 5 AZR 137/23, NZA 2024, 539 ff. = [jurisbyhemmer](#)

## 5 kompakt: Erschütterung des Beweiswerts der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

+++ Entgeltfortzahlung bei Krankheit +++ Beweiswert ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung  
+++ Erschütterung des Beweiswerts +++ §§ 3 I, 5 I EFZG +++

**Sachverhalt (leicht vereinfacht):** AN ist seit März 2021 bei AG als Arbeitnehmer angestellt. AN legte am 02. Mai 2022 dem AG eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die Zeit vom 02. bis 06. Mai 2022 vor.

Am 03. Mai 2022 ging dem AN ein Schreiben des AG zu, in welchem dieser das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis wirksam zum 31. Mai 2022 kündigte.

In einer Folgebescheinigung vom 06. Mai 2022 wurde die Arbeitsunfähigkeit vom 07. bis 20. Mai 2022 und in einer weiteren Folgebescheinigung vom 20. Mai 2022 bis 31. Mai 2022 (einem Dienstag) bescheinigt.

Am 01. Juni 2022 nahm AN seine Beschäftigung bei seinem neuen Arbeitgeber auf.

AG zahlte dem AN Lohn bis einschließlich 06. Mai 2022. Ab 07. Mai 2022 verweigert AG wegen ernsthaft begründeter Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des AN die Entgeltfortzahlung.

**Hat AG gegen AN einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung vom 07. bis zum 31. Mai 2022?**

### A) Sound

1. Aufgrund des hohen Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (im Folgenden: AUB) genügt ein bloßes Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit durch den AG nicht, wenn der AN seine Arbeitsunfähigkeit mit einer ordnungsgemäß ausgestellten AUB nachweisen kann.

2. Der AG kann den Beweiswert nur dann erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände darlegt und im Bestreitensfall beweist, die ernsthafte Zweifel an der Erkrankung ergeben.

3. Wird ein AN, der sein Arbeitsverhältnis kündigt, am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, kann dies den Beweiswert der AUB insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.

4. Auch bei einer Kündigung durch den AG kann der Beweiswert der AUB erschüttert werden, wenn der AN unmittelbar nach dem Zugang der Kündigung erkrankt und im Einzelfall Indizien vorliegen, die Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit begründen.

5. Für die Beurteilung des Beweiswerts einer AUB im Zusammenhang mit Kündigungen ist auch nicht entscheidend, ob für die Dauer der Kündigungsfrist eine oder mehrere Bescheinigungen vorgelegt werden.

### B) Lösung

Nach § 3 I S. 1 EFZG hat AN einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch AG für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft.

#### I. Krankheit des AN

Fraglich ist, ob AN in der fraglichen Zeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert war.

Nach der sog. „Rosenbergschen<sup>1</sup> Formel“ hat jede Partei jeweils die Tatsachen darzulegen, die für sie von Vorteil sind.

Nach diesen allgemeinen Grundsätzen trägt AN die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 I S. 1 EFZG.

**Anmerkung:** Ausführlich zur Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit dem gutgläubigen Erwerb eines gebrauchten Kfz vgl. auch BGH, Life&LAW 03/2023, 143 ff.

<sup>1</sup> Zurückzuführen auf den deutschen Rechtswissenschaftler Leo Rosenberg (1879 bis 1963).

## 1. Beweiswert einer ärztlichen AUB

Der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit wird *in der Regel* durch die Vorlage einer ärztlichen AUB i.S.d. § 5 I a S. 2 i.V.m. § 5 I S. 2 EFZG geführt. Die ordnungsgemäß ausgestellte AUB ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit.

**Anmerkung:** Gesetzlich versicherte AN (absolute Regel) müssen sich zwar nach § 5 I a S. 2 EFZG eine AUB („gelber Schein“) aushändigen lassen. Sie sind aber nicht (mehr) verpflichtet, diese AUB als Papierbescheinigung dem AG nach § 5 I S. 2 EFZG „vorzulegen“, vgl. § 5 I a S. 1 EFZG. Es obliegt vielmehr dem AG, bei der gesetzlichen Krankenkasse des AN diese den Krankenkassen elektronisch nach § 109 I S. 1 SGB IV<sup>2</sup> gemeldete AUB abzurufen. Aus der elektronischen Meldung gehen Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit und das Datum der ärztlichen Feststellung hervor.

Nach § 7 I Nr. 1 EFZG reicht die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung aus, um dem AG das Recht zur Leistungsverweigerung zu entziehen. Diese gesetzgeberische Wertentscheidung strahlt auch auf die beweisrechtliche Würdigung aus. Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit kann daher in der Regel als bewiesen anzusehen sein, wenn der AN eine ordnungsgemäß ausgestellte AUB vorlegt. In diesem Fall genügt ein „bloßes Bestreiten“ der Arbeitsunfähigkeit seitens des AG mit bloßem Nichtwissen von der Krankheit nicht.

## 2. Grenzen der Beweiskraft der AUB

Die ärztliche AUB begründet jedoch keine gesetzliche Vermutung einer tatsächlich bestehenden Arbeitsunfähigkeit i.S.d. § 292 ZPO mit der Folge, dass nur der Beweis des Gegenteils zulässig wäre.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> In der DTV-Ausgabe Arbeitsgesetze ist das SGB IV unter der Ordnungsnummer 43 auszugsweise abgedruckt. § 109 SGB IV findet sich dort nicht, sodass eine derartige Kenntnis von Ihnen im Examen auch nicht gefordert wird.

<sup>3</sup> BAG, NZA 2022, 39 ff. = [jurisbyhemmer](#).  
**Vertiefungshinweis für Referendare:** Liegen von einer im EU-Ausland ansässigen zuständigen Stelle getroffene ärztliche Feststellungen zur Arbeitsunfähigkeit vor, trägt der Arbeitgeber nach Auffassung des EuGH aber die (volle) Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer entgegen diesen Feststellungen nicht arbeitsunfähig krank war. Es reicht dann – anders als bei im Inland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen – nicht aus, dass der Arbeitgeber Umstände beweist, die nur zu ernsthaften Zweifeln an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Anlass geben (EuGH, NZA 1996, 635 = [jurisbyhemmer](#) [„Paletta II“]). Hierin liegt im Verhältnis zu den Grundsätzen, wie sie für im Inland ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

### a) Erschütterung des Beweiswerts der AUB durch Indizien möglich

Der AG kann den Beweiswert der AUB also dadurch *erschüttern*, dass er tatsächliche Umstände darlegt und im Bestreitensfall beweist, die Zweifel an der Erkrankung des AN ergeben, mit der Folge, dass der ärztlichen Bescheinigung kein Beweiswert mehr zukommt.

**Anmerkung:** Der Arbeitgeber ist dabei nicht auf die in § 275 I a SGB V aufgeführten Regelbeispiele<sup>4</sup> ernsthafter Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit beschränkt. Hierfür gibt es weder nach Wortlaut noch nach Systematik oder Zweck der Regelung, der in der Bekämpfung eines Missbrauchs der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall liegt, hinreichende Anhaltspunkte. Diese Bestimmung gibt ihm lediglich ein zusätzliches Instrument zur Erschütterung des Beweiswerts an die Hand, um einem missbräuchlichen Verhalten des Arbeitnehmers begegnen zu können.

Den Beweiswert erschütternde Tatsachen können sich auch aus dem eigenen Sachvortrag des Arbeitnehmers oder aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung selbst ergeben.

Da die Vorlage der AUB gerade keine gesetzliche Vermutung oder eine Beweislastumkehr auslöst, dürfen an den Vortrag des AG, der ihren Beweiswert erschüttern will und in aller Regel keine Kenntnis von den Krankheitsursachen hat, keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Der AG muss gerade nicht, wie bei einer gesetzlichen Vermutung, Tatsachen darlegen, die dem Beweis des Gegenteils zugänglich sind.

gelten, keine mit Art. 3 I GG nicht vereinbare Ungleichbehandlung. Eine Bescheinigung nach Art. 27 V der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (vormals Art. 18 III der Verordnung (EWG) Nr. 574/72) enthält Feststellungen, die aufgrund einer von der im EU-Ausland zuständigen Stelle angeordneten oder durchgeführten ärztlichen Kontrolluntersuchung getroffen wurden. Dieser Unterschied zu einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung i.S.v. § 5 I EFZG rechtfertigt die unterschiedliche beweisrechtliche Behandlung der Bescheinigungen.

Sehr ungenau hierzu ist die Kommentierung bei Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 83. Auflage 2024, § 616, Rn. 25 (a.E.), wo die EuGH-Rechtsprechung mit ihrem begrenzten Anwendungsbereich nicht sauber von der Rechtsprechung des BAG abgegrenzt wird.

<sup>4</sup> **Hinweis:** Hierzu gehören auffällig häufige Erkrankungen bzw. auffällig häufige Kurzerkrankungen sowie die Ausstellung einer AUB durch einen Arzt, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten AUB auffällig geworden ist („Doc Holiday“); vgl. dazu bspw. <https://www.bild.de/news/inland/krankschreibung/bei-doc-holiday-gibts-krankschreibung-ohne-untersuchung-44661342.bild.html>.

## b) Rechtsfolge der Erschütterung der Beweiskraft der AUB

Gelingt es dem AG, den Beweiswert der ärztlichen AUB zu erschüttern, so tritt hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast wieder derselbe Zustand ein, wie er vor Vorlage der Bescheinigung bestand. Es ist dann Sache des AN, konkrete Tatsachen darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, die den Schluss auf eine bestehende Erkrankung zulassen.

Hierzu ist substantiierter Vortrag z.B. dazu erforderlich, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben und welche Verhaltensmaßnahmen oder Medikamente ärztlich verordnet wurden. Der AN muss also zumindest laienhaft bezogen auf den gesamten Entgeltfortzahlungszeitraum schildern, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben.

Soweit er sich für die Behauptung, aufgrund dieser Einschränkungen arbeitsunfähig gewesen zu sein, auf das Zeugnis der behandelnden Ärzte beruft, ist dieser Beweisantritt nur ausreichend, wenn er die Ärzte von ihrer Schweigepflicht entbindet.

## 3. Übertragung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall

Fraglich ist, ob gemessen an diesen Grundsätzen der Beweiswert der von AN erneut vorgelegten AUB vom 06. Mai 2022 und vom 20. Mai 2022 durch den AG erschüttert worden ist.

a) Für die Beurteilung des Beweiswerts der AUB ist nicht entscheidend, ob für die Dauer der Kündigungsfrist eine oder mehrere Bescheinigungen vorgelegt werden.<sup>5</sup>

b) Von entscheidender Bedeutung ist, dass zwischen der in den Folgebescheinigungen festgestellten **passgenauen** Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit und der Kündigungsfrist ein zeitlicher Zusammenhang bestand.

aa) Die zunächst für den Zeitraum vom 02. bis zum 06. Mai 2022 bescheinigte Arbeitsunfähigkeit wurde nach Zugang der Kündigung am 03. Mai 2022 durch den Arzt am 06. Mai 2022 zunächst unter Ausschöpfung der Frist von zwei Wochen gemäß § 5 IV S. 1 AURL bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Mai 2022 verlängert.

<sup>5</sup> **Hinweis:** Dass mehrere Bescheinigungen erforderlich sind, ist durch § 5 IV S. 1 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie (AURL) bedingt, wonach die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit im Grundsatz nicht für einen mehr als zwei Wochen im Voraus liegenden Zeitraum bescheinigt werden soll.

Dabei ist auch auffällig, dass die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch die Bescheinigungen vom 02. Mai 2022 und vom 06. Mai 2022 jeweils bis zu einem Freitag erfolgte, dagegen in der Bescheinigung vom 20. Mai 2022 die Arbeitsunfähigkeit bis *Dienstag*, den 31. Mai 2022 bescheinigt wurde. Die Arbeitsunfähigkeit wurde damit **passgenau** bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses attestiert und AN nahm dann am 01. Juni 2022 bei seinem neuen Arbeitgeber auch die Beschäftigung auf.

Das Zusammentreffen derart ungewöhnlicher Umstände, die zwar jeweils für sich betrachtet unverfänglich sein mögen, begründet **in der Gesamtschau** ernsthafte Zweifel am Beweiswert der am 06. Mai 2022 und am 20. Mai 2022 ausgestellten AUB.

Bei der Bewertung der Umstände des Einzelfalls ist stets im Blick zu behalten, dass an den Vortrag des Arbeitgebers zur Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, weil dieser nur über eingeschränkte Erkenntnismöglichkeiten verfügt. Der Arbeitgeber muss gerade nicht Tatsachen darlegen, die den Beweis des Gegenteils begründen können.

**Ergebnis:** Hinsichtlich der Entgeltfortzahlung für den Zeitraum vom 07. bis zum 31. Mai 2022 ist der Beweiswert der vom Kläger vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch die Besonderheiten des konkreten Falles erschüttert worden.

## II. Endergebnis

Da AN keine weiteren überzeugenden Beweismittel vorgelegt hat (z.B. Zeugnis des von der Schweigepflicht entbundenen Arztes), besteht für die Zeit vom 07. Mai bis 31. Mai 2022 kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 I S. 1 EFZG.

**Kommentar (mty):** Das Urteil des BAG ist ein echter Hoffnungsschimmer, dass künftig nicht alle Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von Seiten der AG „durchgewunken“ werden. Letztlich zahlt dies zu 80 % nach § 1 I AAG<sup>6</sup> nicht der AG, sondern die Krankenkasse und damit „am Ende des Tages“ die Solidargemeinschaft. Die Entlohnung arbeitsscheuen Verhaltens auf Kosten der Allgemeinheit kann nicht der Sinn eines Sozialversicherungssystems sein. Ein gerade in der heutigen Zeit der „Generation Z“ absolut überzeugender Fingerzeig des BAG!

<sup>6</sup> DTV-Ausgabe Arbeitsgesetze Ordnungsnummer 18a.